

A insustentável leveza da culpa: a compensação de danos no exercício da medicina¹

The unbearable lightness of culpability: the compensation for damages in the practice of medicine

Vera Lúcia Raposo

Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, Portugal.

Universidade de Macau. Faculdade de Direito. Taipa, Macau, China.

E-mail: vera@fd.uc.pt

Resumo

Diante das crescentes dificuldades apresentadas pela responsabilidade civil para lidar com a má-prática médica e com a compensação aos pacientes, muitos advogam a implementação do sistema *no-fault*, isto é, um mecanismo no qual o paciente é compensado por via de um fundo económico de socialização do risco, independentemente da demonstração de negligência por parte do médico.

Neste estudo comparámos as principais notas do modelo *no-fault* com o clássico modelo fundado na culpa, com vista a determinar qual o mais adequado em termos de justiça, melhoria dos cuidados de saúde e segurança do paciente.

Concluimos que, apesar de o modelo *no-fault* trazer muitas vantagens, também envolve sérias dificuldades, riscos e fragilidades. Nomeadamente, é duvidoso que promova a diligência na prestação de cuidados médicos, dado que em regra não se verifica qualquer sanção para o profissional de saúde. Além disso, só pode operar com sucesso em condições muito concretas, que não se encontram na maior parte das ordens jurídicas. Por conseguinte, não cremos que seja a solução mais adequada, pelo menos quando implementada como um mecanismo geral para lidar com danos causados por tratamentos médicos.

Palavras-chave: Má-prática Médica; Negligência; *No-fault*; Compensação; Responsabilização.

Correspondência

Avenida da Universidade, E32, Sala 2043. Taipa, Macau, China.

¹ Este trabalho foi elaborado com o apoio económico de uma bolsa de estudo concedida pela Universidade de Macau: a *Start Up Research Grant*.

Abstract

In face of the growing difficulties presented by tort liability in dealing with medical malpractice and patient's compensation, many advocate the implementation of a no-fault system, i.e., a mechanism in which the patient is compensated through an economic fund of risk socialization, disregarding the demonstration of the doctor's negligence.

In this study we compared the main notes of the no-fault model with the classical model grounded in culpability, to determine which one is the most suitable in terms of justice, improvement of health care delivery and patient's safety.

We concluded that, despite the fact that the no-fault model carries many advantages, it also involves several difficulties, risks and fragilities. In particular, it is doubtful that it promotes diligence in health delivery, since usually the health care professional does not suffer any sanction. Furthermore, it can only operate successfully in light of very particular conditions, unable to be found in the majority of legal orders. Therefore, *we do not consider it* the most adequate solution, at least when implemented as a general mechanism to deal with injuries caused by medical treatments.

Keywords: Medical Malpractice; Negligence; No-fault; Compensation; Accountability.

Enquadramento do problema: do que estamos a falar?

Quando o paciente sofre um dano no contexto de um acto médico, o lesado e a sua família manifestam várias preocupações, diante das quais cumpre ao direito, directa ou indirectamente, providenciar uma satisfação: (a) arrecadar uma compensação que cubra os seus danos, patrimoniais e não patrimoniais; (b) sancionar o autor, eventualmente impedindo-o de continuar a exercer medicina; (c) obter uma explicação do sucedido; (d) receber um pedido de desculpas ou, ao menos, um gesto de empatia; (e) garantir a consciencialização do comportamento, de forma que o autor do dano o corrija e evite a sua repetição no futuro.

Contudo, o actual modelo jurídico de lidar com o erro médico – seja este culposos ou não, isto é, represente uma autêntica falta médica ou apenas um erro honesto (Raposo, 2013, p. 13-16) – parece só conseguir realizar aquelas duas primeiras aspirações e apenas de forma imperfeita, o que deixa pacientes, profissionais de saúde, instituições de saúde e a comunidade em geral frustrados com os resultados que o mundo jurídico lhes oferece.

Em razão das muitas limitações apresentadas pelo modelo fundado na negligência do agente tem-se sugerido a transição para um modelo que abdique da culpa do profissional de saúde – o chamado *no-fault model* – já hoje em prática em alguns quadrantes geográficos, como a Nova Zelândia e os países nórdicos, e também noutras ordens jurídicas de forma mais limitada, tal como em alguns estados norte-americanos, em França e na Bélgica.

Esta sugestão parte do reconhecimento do fracasso do modelo tradicional, assente nos cânones clássicos da responsabilidade civil apreciada em tribunal por juízes leigos em questões médicas, que procura encontrar uma culpa (a responsabilidade em cuidados de saúde só em casos muitos contados será objectiva, como sucede quanto aos ensaios clínicos em várias ordens jurídicas) e um culpado a quem imputar todos os danos. Em seu lugar pretende-se instaurar um outro modelo, mais preocupado em compensar o paciente lesado do que em apontar o dedo e identificar culpas (embora,

como veremos, a culpa nunca desapareça verdadeiramente), até porque se entende que a origem da maioria dos danos está no sistema - no serviço, no hospital ou mesmo no sistema geral de saúde - e não no indivíduo. Por conseguinte, o paciente será compensado independentemente de haver ou não alguma culpa (isto é, falta médica), cuja existência nem sequer é averiguada.

No entanto, e como trataremos de demonstrar neste estudo, a proposta de generalização do modelo *no-fault* falha devido a dois grandes obstáculos: primeiro, este modelo não é necessariamente mais adequado em termos de segurança e compensação do paciente, os principais objectivos a que qualquer sistema que se implemente deve aspirar; segundo, ainda que este seja de facto o melhor modelo, certo é que a sua implementação exige determinados requisitos contextuais (nem só jurídicos, mas económicos e sociológicos) que porventura só existem em geografias muito específicas (The Canadian Medical Protection Association, 2006).

Breve caracterização do modelo *no-fault*

Aparte algumas notas genéricas, não é fácil apontar traços identificativos deste modelo porque, na realidade, o sistema existente na Nova Zelândia é bastante diferente do nórdico, e qualquer deles se distingue também dos demais. Por exemplo, o mecanismo nórdico é coberto pelo dinheiro angariado por via dos seguros pagos pelos prestadores de saúde, ao passo que o modelo neozelandês é custeado pelo contribuinte mediante impostos; por outro lado, enquanto no caso nórdico o conceito de “evitabilidade” delimita o leque de danos indemnizáveis, o que o torna um dos elementos basilares de toda a estrutura compensatória, a solução neozelandesa desconsidera o carácter evitável do dano; por outro lado ainda, entre os nórdicos (excepto na Dinamarca) o lesado mantém em regra a opção de reagir judicialmente, enquanto na Nova Zelândia essa possibilidade está excluída no que diz respeito aos danos cobertos pelo fundo *no-fault*.

Tendo presente as diferenças existentes, iremos de seguida descrever em traços largos as principais

concretizações deste sistema, que ainda hoje servem como *case study* para os demais.

O modelo escandinavo

O modelo escandinavo refere-se aos países nórdicos, embora sua versão paradigmática seja a sueca, até porque as demais foram nela inspiradas, pelo que utilizaremos essencialmente a Suécia como exemplo desta breve exposição.

O programa sueco de compensação ao paciente, o Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag (LÖF), começou em meados de 1970, com a criação de um regime de segurança social global, destinado a cobrir os resultados negativos decorrentes de um tratamento médico.

Neste modelo (Johansson, 2010; Kachalia et al., 2008; Ulfbeck; Hartlev; Schultz, 2013; World Bank, 2004) o custo da compensação é coberto por um seguro pago pelos próprios profissionais de saúde. Inicialmente a participação era voluntária, mas tornou-se obrigatória por força do Patientskadelagen, um diploma de 1996. Actualmente cobre actos praticados por médicos actuando em hospitais públicos, mas também actos daqueles que, embora dedicando-se à medicina privada, celebraram um acordo com o Estado.

Este fundo cobre danos resultantes do tratamento e do diagnóstico, desde que evitáveis. Cobre ainda lesões causadas por equipamento médico ou por próteses, quer resultem de uma utilização defeituosa ou de defeito do produto, ainda que nesta segunda hipótese se preveja um regime especial de responsabilidade objectiva. Lesões não relacionadas com a assistência médica (quedas, incêndios) são também compensáveis se decorrentes dos riscos especiais em que o paciente incorre durante os cuidados médicos. Tratando-se de danos relacionados com infecções, estes são compensados em termos de *no-fault*, caso o agente infeccioso tenha sido transmitido a partir de uma fonte externa e os seus efeitos superem os da doença subjacente do paciente. Já se vê que nem todos os danos encontram aqui cobertura. Mesmo no que respeita aos danos que caem no seu âmbito de aplicação funciona como um mecanismo subsidiário do sistema de segurança nacional, o qual, em bom rigor, custeia a maior parte das compensações.

Quanto ao procedimento, vejamos também o caso sueco: as queixas dos pacientes são processadas pelo Personskadereglering AB (PSR), composto por especialistas com formação médica ou legal, que têm poderes para investigar uma reclamação (por exemplo, entrevistando o paciente ou requerendo registos médicos). Aquele que não fique satisfeito com a compensação atribuída pode pedir uma revisão da decisão a um painel, optar pela arbitragem ou recorrer a um tribunal judicial. O paciente pode passar directamente para o tribunal, porém, em regra só opta pela via judicial directa quando o dano não é coberto pelo fundo de compensação, o qual se revela uma via mais expedita e simples, dado que o paciente está dispensado de fazer prova dos requisitos da responsabilidade civil (excepto quanto à causalidade, cuja demonstração a cargo do paciente se mantém (Ulfbeck, Hartlev, Schultz, 2013). Neste ponto a Dinamarca apresenta uma particularidade, pois aí o paciente não pode recorrer à via judicial sempre que o dano em causa esteja coberto pelo esquema *no-fault* (Ulfbeck, Hartlev, Schultz, 2013), de modo que nesse caso a opção pelo mecanismo de actuação não resulta de uma decisão voluntária do paciente, o que suscita alguns problemas constitucionais em sede de direito de acesso aos tribunais.

Uma característica comum aos modelos nórdicos é que os organismos que analisam os pedidos de compensação dos pacientes não lidam com questões disciplinares, nem tampouco a informação por eles recolhida é comunicada aos órgãos disciplinares. Ou seja, existe uma *firewall* absoluta entre o processo de compensação e o processo sancionatório (Mello et al., 2006), o que, por sua vez, também suscita alguns problemas em sede de responsabilização do prestador de cuidados de saúde.

O modelo da Nova Zelândia

O modelo actualmente existente na Nova Zelândia (Bismark et al., 2006; Bismark; Paterson, 2006; Malcolm; Barnett, 2007) teve a sua origem numa alteração legal ocorrida em 1974, quando se implementou um regime de compensação independente da culpa, o Accident Compensation Corporation

(ACC). Tal como no caso nórdico, também esse formato radica num fundo monetário de socialização do risco, mas custeado pelos contribuintes.

Note-se que nem todos os danos sofridos pelos pacientes são compensáveis no contexto desse modelo, mas tão-só aqueles que podem ser qualificados como *treatment injury* (lesão resultante do tratamento). Este conceito é definido em sentido lato, para incluir danos resultantes do diagnóstico, do tratamento *proprio sensu*, da ausência de tratamento, da falha de um instrumento ou máquina, da omissão de consentimento informado e de infecções (Farrell, Devaney, Dar, 2010; Kachalia et al., 2008; Quick, 2012). Assim, para fins de compensação, o dano indemnizável será aquele sofrido por uma pessoa que recebe o tratamento de saúde de um profissional de saúde devidamente licenciado, desde que tenha sido causado pelo tratamento (causalidade jurídica); mas sem que se trate de uma consequência necessária do dito tratamento (por conseguinte, não inclui a perda de cabelo durante a quimioterapia, por exemplo). Todos os pacientes que sofrem uma lesão deste tipo são elegíveis para compensação (Kachalia et al., 2008).

Este conceito de “dano resultante do tratamento” não fazia originariamente parte do modelo de compensação, só tendo surgido em 2005, quando o regime instituído foi alvo de uma alteração legal relevante, por força da qual desapareceram da avaliação do dano os conceitos de *medical error* (erro médico) e de *medical mishap* (acidente médico). De facto, até 2005 o sistema funcionou tendo como base os referidos conceitos: o erro médico pretendia traduzir a violação do dever de cuidado que deve ser exigido ao médico (coincidindo, basicamente, com a negligência típica da responsabilidade civil); ao passo que o acidente médico visava eventos raros (cuja percentagem de ocorrência fosse inferior a 1%) e graves (que causassem deficiência ou hospitalização prolongada) resultantes do tratamento, por conseguinte, incluindo danos não negligentes (Davis et al., 2002). Uma vez que esta classificação foi alvo de múltiplas críticas, ambos os conceitos foram substituídos por um único, o *treatment injury* - isto é, *dano resultante do tratamento* - mais próximo da ideia nuclear do modelo *no-fault*.

Outra alteração importante neste mecanismo prende-se com a divisória entre procedimentos

compensatórios e sancionatórios. Inicialmente não existia separação entre a concessão da indemnização e os processos disciplinares, mas após 2005 o ACC apenas está vinculado a relatar ao Conselho de Medicina os riscos de danos para o público (Kachalia et al., 2008). Contudo, as medidas disciplinares são raras e somente dirigidas aos médicos condenados em processos civis e criminais, pois em regra apenas se leva a cabo procedimento de revisão da actuação do médico. O ACC não tem em si mesmo qualquer papel sancionador, dado que se trata de um organismo fortemente orientado para a segurança do paciente (Bismark; Paterson, 2006). Na realidade, todo o sistema está mais orientado para promover a qualidade dos cuidados médicos do que sancionar os prestadores de saúde. A dimensão mais ligada à ideia de *accountability* reporta-se a Disability Commission, ao Medical Council e ao Health Practitioner Disciplinary Tribunal, mas mesmo aí sem a vertente sancionatória típica dos modelos fundados na culpa.

Seguindo o raciocínio típico dos restantes modelos *no-fault*, não se exige a negligência do médico e, agora divergindo de outros modelos da mesma natureza, nem sequer se exige a inevitabilidade do dano. Mas tal não significa que todos os danos aqui estejam incluídos, pois não abarca lesões integral ou parcialmente causadas pela condição subjacente da pessoa, lesões exclusivamente atribuíveis a decisões de alocação de recursos, lesões decorrentes do atraso injustificado do consentimento para tratamentos médicos e lesões que sejam uma parte necessária ou uma consequência normal do tratamento.

O processo de obtenção da compensação inicia-se com a apresentação de um pedido ao ACC, em regra formulado apenas com a ajuda de um profissional de saúde, dado que não é necessário apoio jurídico (Kachalia et al., 2008). Todo o processo se desenrola de forma bastante rápida, pois em regra decide-se em duas ou três semanas, sendo que o prazo máximo de decisão é de nove meses.

Sempre que o prejuízo sofrido pela paciente é abrangido pelo esquema *no-fault*, não é permitido o recurso à via judicial, ainda que o paciente decida não apresentar um pedido ao ACC. Não obstante potencialmente existir aqui uma violação do direito de acesso ao tribunal, entende-se que se trata de uma

espécie de contrato social, que conta até com o aval dos tribunais. A única possibilidade disponibilizada ao paciente para fazer uso das vias judiciais prende-se com a reclamação de danos morais em caso de condutas especialmente graves, para as quais a mera indemnização patrimonial não seja suficiente; ou quando o paciente pretende reclamar danos punitivos (Farrell; Devaney; Dar, 2010; OECD, 2006). Mas, em boa verdade, raramente os pacientes têm interesse em aceder à via judicial, dado o seu custo e lentidão. Em contrapartida, os processos decididos no ACC são substancialmente menos custosos e bastante céleres.

O modelo norte-americano

Os estados norte-americanos mantêm o clássico sistema fundado na culpa para a generalidade dos actos médicos; porém, podemos encontrar soluções de *no-fault* para situações pontuais (Coppolo, 2003).

Assim, nos estado de Virgínia e Flórida existem soluções de *no-fault*, ainda que apenas estipuladas para lesões neurológicas relacionadas com o parto, e somente desde que o nascimento tenha ocorrido num hospital que seja parte integrante deste programa, acompanhado por um médico que também o seja. Esses cenários foram eleitos para tramitação segundo o modelo *no-fault* porque relativamente a eles a taxa de sucesso de um pedido de indemnização em tribunal é muito elevada e as compensações concedidas poderão igualmente ser muito elevadas. Também no que respeita a danos resultantes de vacinas – ainda que não todos, já que a delimitação do dano indemnizável é até bastante restrita – foi implementado a nível nacional um esquema *no-fault*, o *National Vaccine Injury Compensation Program*.

Caracterização dos danos a indemnizar

Requisitos exigidos para a indemnização

Embora os requisitos variem de uma ordem jurídica para a outra, é possível apontar alguns traços comuns, que passaremos a descrever.

Ao contrário do que se poderia pensar, nem todos os danos são compensáveis à luz das regras de *no-fault*, porquanto existem requisitos de elegibilidade a ter em consideração (Von Eyben, 2001; Farrell; Devaney; Dar, 2010; World Bank, 2004).

Usualmente exige-se que o pedido atinja certo nível de gravidade. Por exemplo, na Suécia é necessário que a condição do paciente tenha durado um mínimo de 30 dias, ou esteja hospitalizado durante pelo menos dez dias, sofra incapacidade permanente ou faleça. Assim, o montante compensável depende mais da elegibilidade do paciente (a qual, por sua vez, depende da gravidade da lesão) do que da culpabilidade do médico.

Além disso, o prejuízo deve ter ocorrido durante o tratamento médico e por causa dele, o que no fundo nos remete para o requisito da causalidade, aliás, entendido em termos semelhantes aos que regem a responsabilidade jurídica.

Este tratamento, por sua vez, tem que ser fornecido por um médico credenciado ou sob a sua responsabilidade, pois a comunidade apenas aceita a comunitarização do risco quanto a actos médicos providos de reconhecimento público em termos de aptidão profissional.

Os nórdicos exigem ainda um pressuposto adicional: o acto médico em causa terá ainda que ser considerado não clinicamente justificado. Tal significa que a lesão em causa poderia ter sido evitada (evitabilidade) caso o paciente tivesse sido sujeito ao tratamento adequado.

Apesar destas limitações e exclusões, ainda assim o leque de danos indemnizáveis continua a ser mais vasto do que quando comparado com o modelo fundado na negligência. Porém, não será o fundo *no-fault* a cobrir todos os danos, já que na verdade é sobre o sistema nacional de segurança social que recai parte substancial do peso financeiro. Mas, *et pour cause*, o modelo de *no-fault* pressupõe, como requisito do seu funcionamento, um sistema forte de segurança social (Bismark; Paterson, 2006).

A evitabilidade (*avoidability*) do dano

A designação do chamado modelo *no-fault* pode induzir em erro, levando a pensar que este modelo abstrai totalmente da culpa. Na verdade, não é

assim. Desde logo porque não aniquila a responsabilidade criminal, que inelutavelmente se mantém para as condutas consideradas criminosas. Depois, porque subsistem actos médicos submetidos às regras da responsabilidade civil, a qual é em regra subjectiva. Finalmente, porque mesmo quando supostamente entram no estrito âmbito *no-fault*, ainda assim a culpa persiste em algumas forma de implementação deste modelo, mas agora sob a capa da “evitabilidade” (*avoidability*).

Trata-se de um conceito que os nórdicos cunharam especialmente para este modelo e que pretende expressar a ideia de que apenas danos evitáveis serão compensados, o que desmente a crença tradicional de que este sistema indemniza todos os danos. De facto, no modelo nórdico a obtenção de uma compensação por parte do paciente depende da prévia apreciação da evitabilidade do dano (Kachalia et al., 2008), ou seja, avaliar se o dano teria acontecido caso outra assistência médica (resta saber se qualquer outra ou antes a melhor assistência possível, como analisaremos no ponto seguinte) tivesse sido prestada ao paciente.

Porém, cumpre fazer notar que o paciente terá sempre que demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano (evitável) sofrido, sendo provavelmente esta a principal razão pela qual se pode revelar difícil ser compensado à luz do critério da evitabilidade, pois segundo alguns estudos, apenas 40% das reivindicações são bem sucedidas (Bogdan, 2011).

Evitabilidade e negligência

Alguns autores sustentam que, na verdade, a evitabilidade não é tão diferente assim da negligência, pois se o dano poderia ter sido evitado, tal significa que o profissional de saúde não providenciou ao paciente um cuidado médico adequado; em suma, foi negligente (Maccourt; Bernstein, 2009; Mehlman; Nance, 2007). Como perguntam Mehlman e Nance (2007), “what physician would not experience shame upon being accused of an avoidable error?” (p. 66).

Contudo, tudo está em saber o que se entende por “cuidado médico adequado” para este efeito: se qualquer um que evite o resultado danoso (e neste caso,

de facto, ambos os conceitos acabam por traduzir o mesmo nível de exigência) ou antes o melhor cuidado possível (sendo que, se assim for, já a inevitabilidade ultrapassa o *standard* de conduta do médico-médio e, por conseguinte, será possível indemnizar uma esfera de danos mais ampla do que se verifica na negligência). Por outras palavras, o dano evitável (OECD, 2006) será aquele que poderia não ter ocorrido caso o médico tivesse disponibilizado outros cuidados médicos ao paciente ou, numa outra opção, o que resultaria do melhor cuidado médico acessível?

A fórmula de dano evitável que nos parece mais correcta é a que exige ao médico a melhor assistência médica existente, de acordo com as mais elevadas práticas vigentes. Não porque nos pareça que este deva ser o padrão de conduta para avaliar o comportamento do médico, mas porque só assim se distinguirá a inevitabilidade, enquanto critério novo e autónomo, da negligência, tal qual está plasmada nos Códigos Civis e Criminais (Mehlman; Nance, 2007). De facto, a negligência avalia a conduta do médico segundo o critério do *bonus pater familias*, isto é, o bom pai de família usado para aferir a culpa do agente na responsabilidade jurídica, o qual se traduz no modelo de conduta do homem médio, aqui transmutado no médico-médio (Raposo, 2013). Logo, facilmente se confundiria com a inevitabilidade caso esta se traduzisse na mera prestação de outros cuidados médicos alternativos que no caso concreto se apresentassem como mais eficazes, ainda que não necessariamente os melhores. A única forma de distinguir ambos os conceitos é entendendo que o padrão de avaliação utilizado pela inevitabilidade vai muito além do *standard of care* determinado pelo padrão do médico-médio.

Paralela a esta é a questão de saber se deve ser exigido ao médico a conduta que iguale a do médico-médio ou a do super-médico. Segundo nos parece, num modelo que impute a responsabilidade pela indemnização ao médico, o único padrão de conduta admissível será o do médico-médio, dado que o direito não pode exigir aos seus destinatários que sejam perfeitos, mártires ou heróis. Impor ao agente uma sanção por não respeitar um comportamento que vai para além do âmbito de compreensão ou de desempenho da pessoa normal não é o propósito da respon-

sabilidade civil. Em vez disso, busca-se um modelo fundado na socialização do risco, em que o principal objectivo consiste em compensar os lesados, mas sem que a compensação seja paga pelo agente, permite uma resposta diferente. Nesta segunda hipótese, já o critério mais exigente é não apenas aceitável como até recomendável, dado que não se trata aqui de delinear um padrão de conduta que seja exigível ao agente sob pena de sanção, mas sim de identificar os danos a compensar. Assim, ao recorrer ao padrão de conduta do melhor médico, a inevitabilidade determina ao profissional de saúde um *standard* de conduta mais exigente, sem, porém, o sancionar quando a sua conduta fique aquém desse *standard*; do mesmo passo que se revela mais generosa para o paciente, aumentando a probabilidade de receber uma indemnização.

Tem a doutrina acentuado que daqui não decorre que o paciente tenha direito a receber o melhor tratamento possível, porquanto tudo dependerá dos recursos disponíveis nas circunstâncias particulares. Ou seja, a falta de recursos humanos ou técnicos opera como uma causa de exclusão da indemnização. Mas caso o dito “melhor médico” tivesse enviado o paciente para um hospital mais bem equipado, em vez de providenciar um tratamento fundado em recursos escassos, já o paciente terá direito a receber uma indemnização (Ulfbeck; Hartlev; Schultz, 2013).

Ainda assim, alguns eventos considerados evitáveis não poderiam ser prevenidos com uma assistência médica adequada, nem mesmo com a melhor assistência possível por parte do médico, uma vez que ocorreriam de qualquer modo. Somente poderiam ser evitados por meio de algum outro mecanismo, como o uso de instrumentos mais sofisticados, não disponíveis naquele hospital; ou se a cadeia de comunicação na instituição houvesse funcionado de forma mais eficaz, disponibilizando informação relevante sobre o paciente a todos os membros da equipa médica; ou se as tarefas no seio da equipa tivessem sido mais adequadamente distribuídas. Em todas estas hipóteses nos referimos a danos que apenas teriam sido evitados pela instituição. Mas nem sempre configurarão um comportamento negligente por parte da instituição (enquanto pessoa jurídica que é, igualmente susceptível de ser responsabilizada), mas, sim, falhas no próprio sistema (IOM, 1999).

Também estes últimos cenários são susceptíveis de indemnização num modelo fundado na negligência, porém, em bom rigor, representam uma forma *sui generis* de culpa, que no direito europeu continental são analisadas à luz dos institutos da *faute de service*, quando a falta se deva a uma pessoa individual, ainda que não identificável, e *faute du service*, quando a falta se deva ao próprio serviço (Raposo, 2013). Ora, se no primeiro caso é ainda possível descortinar uma culpa, embora anónima, já no segundo tal parece difícil, dado que muitas vezes se verificam apenas falhas de funcionamento de instituição, mas que não podem ser culposamente reportadas a ninguém, nem mesmo à própria pessoa colectiva.

Evitabilidade e responsabilidade objectiva

Aqui chegados podemos já concluir que a evitabilidade consubstancia um critério mais exigente do que a negligência – não obstante algumas definições de evitabilidade a aproximarem bastante da negligência (Udell; Kendall, 2005) – pelo que à luz desse padrão serão indemnizáveis os comportamentos negligentes, mas também aqueles outros que poderiam ter sido evitados, mas não são negligentes.

Ainda assim, esse critério não é tão exigente a ponto de coincidir com a responsabilidade objectiva, a qual, por sua vez, corresponde aos cuidados de saúde prestados em circunstâncias perfeitas. No fundo, situa-se num ponto intermédio entre o dever de cuidado imposto pela negligência e a responsabilidade objectiva (Kachalia et al., 2008). De facto, embora se expanda substancialmente o rol de pacientes elegíveis para uma compensação, o número de compensados não será tão extenso como o seria no contexto de uma responsabilidade objectiva, uma vez que esta última atribuiria uma indemnização a danos decorrentes de complicações insusceptíveis de ser evitadas, nem mesmo com o melhor cuidado médico possível, e que, por conseguinte, não serão indemnizados à luz do critério da evitabilidade.

Critérios para aferir a evitabilidade do dano

Tal como já referimos, a primeira dificuldade na identificação dos danos potencialmente indemnizá-

veis consiste em saber qual o padrão de conduta médica a adoptar para efeitos de aferir a evitabilidade do dano. Caso se adopte, como propugnamos, o critério do “melhor cuidado médico possível” estaremos a afastar o padrão de conduta do “médico-médio”, substituindo-o pelo do “especialista experiente” (Kachalia et al., 2008). Segundo este último, a compensação é concedida quando for possível supor que um especialista experiente no campo em questão teria agido de forma diferente nas circunstâncias do caso e, assim, evitado o prejuízo.

Em contrapartida, caso se entenda que serão evitáveis aqueles danos que teriam sido prevenidos por um outro médico, que não necessariamente o melhor médico, já será outro o padrão usado para aferir a compensação: o critério do “tratamento alternativo”. Segundo este, a compensação será concedida se, com base numa avaliação subsequente, for possível concluir que o prejuízo poderia ter sido evitado se tivesse sido utilizado outro tratamento.

Qualquer desses dois critérios pode operar com um critério de razoabilidade, que preconiza a indemnização daqueles danos que se revelem mais graves do que seria de esperar diante da patologia do paciente e do tratamento providenciado. A ideia que fundamenta este critério é que, embora alguns danos sejam expectáveis, outros são desproporcionados quando comparados com a doença e suas normais consequências (Ulfbeck; Hartlev; Schultz, 2013).

Qualquer que seja o padrão de conduta utilizado – o melhor *standard of care* existente ou simplesmente um melhor *standard of care* – essa avaliação leva usualmente em consideração não só as informações existentes no momento do tratamento, mas também informações só posteriormente disponíveis. Porém, o tratamento alternativo em si mesmo terá que estar acessível no momento da intervenção (e não apenas no momento da avaliação), ou seja, exige-se que este pudesse ter sido uma escolha real para o médico (Ulfbeck; Hartlev; Schultz, 2013).

Em suma, a evitabilidade do dano deve ser avaliada tendo em conta outras possíveis alternativas de tratamento que estivessem efectivamente disponíveis no momento em que o acto médico foi praticado, que fossem igualmente seguras e eficientes e que pudessem ter evitado a lesão, sendo ainda necessárias

evidências médicas que demonstrem a superioridade do tratamento. Quando todos esses requisitos se verificarem, a pretensão do lesado será bem-sucedida. No entanto, esta avaliação não é admissível para a compensação de lesões resultantes de diagnósticos omissos ou atrasados, caso contrário a compensação destes danos seria automática em termos práticos.

Da exposição *supra* apresentada já se depreende que uma das dificuldades prementes deste modelo consiste em saber que eventos serão evitáveis. A fim de facilitar o processo de avaliação, alguns autores propuseram uma lista de eventos elegíveis, que se presumem evitáveis, embora na situação particular o profissional de saúde possa demonstrar o contrário e ilidir a presunção. Para esses eventos tem-se sugerido a designação *accelerated-compensation events*, isto é, *eventos de compensação acelerada* (Mello et al., 2006). Uma das vantagens de tal lista seria promover a dissuasão, uma vez que os profissionais saberiam que se a sua conduta causa algum dos danos elencados nesse rol, o paciente teria direito a uma compensação, sem necessidade de subsequente avaliação. Contudo, não vemos em que medida esta solução promove a *deterrence*, dado que a ocorrência de um dos referidos eventos não determina qualquer responsabilidade para o médico. Tampouco se pode considerar a compensação do paciente – único efeito daqui decorrente – como uma hipotética ameaça dissuasora de comportamentos pouco diligentes. Por outro lado, a rigidez de uma tal lista também se presta a críticas, porquanto formulações abstractas de eventos compensáveis abstraem das particularidades da situação concreta que, no fundo, podem ditar uma solução oposta para o caso. Ou seja, a medicina dificilmente se presta a este tipo de standardizações, de modo que os possíveis benefícios seriam somente a celeridade e eventual redução de custos na avaliação do caso, resultantes precisamente da referida standardização.

Avaliação dos dois modelos: *fault* vs *no-fault*

Não é tarefa fácil eleger qual desses dois modelos – o da culpa ou o de *no-fault* – se revela o melhor, dado

que qualquer deles apresenta benefícios e fragilidades. Porém, nos últimos tempos, o que sobressai são as críticas ao modelo fundado na culpa (Kachalia et al., 2008; OECD, 2006).

Começemos pelo antagonismo a que dá azo e o consequente consumo excessivo de tempo e de dinheiro (dos lesados e do próprio Estado), precisamente por causa da forma (também conflituosa) como o litígio é resolvido. O conflito aceso pode agravar o estado de saúde do paciente, um problema especialmente premente no caso de pacientes que necessitam ainda de cuidados médicos, muitas vezes até devido ao dano sofrido, e que carecem de meios financeiros para os custear.

A estes acrescem os efeitos negativos que um processo litigioso tem nos profissionais de saúde, suas carreiras e inclusive vidas pessoais (Ong; Kachalia, 2013). A desmoralização, a desconsideração social e a vergonha diante dos seus pares não trazem, seguramente, melhorias na prestação de cuidados médicos.

Outra das suas fragilidades prende-se com os efeitos prejudiciais do excesso de prevenção negativa (*overdeterrence*). Por um lado, o receio de ser processado e de uma eventual condenação, um temor que está a empurrar os médicos para a medicina defensiva e a deixar desertas algumas especialidades médicas, como obstetrícia, ginecologia, cirurgia (OECD, 2006). Por outro lado, o ambiente de temor e de secretismo leva os profissionais de saúde a esconder informação dos pacientes e até mesmo dos seus colegas, quando hoje em dia é um dado cientificamente aceite que vários dos erros praticados poderiam ser estudados e prevenidos no futuro. Também impossibilitados pelo clima de silêncio são os pedidos de desculpa aos lesados, que poderiam ser poderosos bálsamos ao conflito existente.

A hodierna imagem do processo judicial como uma espécie de roleta russa tem igualmente sido muito criticada, dado que atribui indemnizações excessivas a quem porventura não as merece (ou porque não sofreu um dano, ou porque este não pode ser culposamente imputado a ninguém) e, em contrapartida, deixa sem nada aqueles que foram verdadeiramente vítimas de negligência. Essa disparidade de avaliações e a incerteza quanto ao

desfecho revela-se igualmente prejudicial para os profissionais de saúde, que não sabem ao certo o que o direito espera de si, atentas às discrepâncias, e mesmo antinomias, entre as pronúncias judiciais.

Apesar das críticas ao modelo fundado na culpa, não olvidemos as suas virtualidades (OECD, 2006). Por exemplo, a maior flexibilidade na atribuição de indemnizações, atendendo às particularidades concretas de cada caso, o que dificilmente sucede no modelo *no-fault*, cujas compensações são mais estandardizadas; o facto de cobrir diferentes tipos de danos, incluindo danos não patrimoniais, frequentes descurados pelo sistema *no-fault*; e o efeito de prevenção de futuras condutas lesivas, ausente do sistema *no-fault* pela sua falta de *accountability*, porventura a maior debilidade desse modelo e que ainda hoje não foi devidamente colmatada.

Reconhecemos que num mundo em mutação (quer no Direito, quer na Medicina) os benefícios do sistema *no-fault* parecem mais sedutores (Farrell et al., 2010; OECD, 2006), até porque pretendem dar resposta a muitas das críticas apontadas ao modelo de negligência. Trata-se de uma forma mais rápida, menos custosa (Bismark; Paterson, 2006) e menos conflituosa de resolver o litígio, permitindo ao lesado ter acesso a cuidados médicos mais rapidamente e abrangendo maior número de lesados. Por outro lado, a circunstância de os profissionais de saúde não estarem tão receosos quanto à possibilidade de serem processados facilita a transparência, a notificação de erros e de incidentes adversos; logo, parece aumentar a possibilidade de aprender com os erros cometidos e, concomitantemente, melhora substancialmente as relações entre pacientes e profissionais de saúde. O facto de a pressão sobre os médicos diminuir – não existe a imposição de encontrar um culpado (Mello et al., 2006), de pagar elevadíssimas apólices de seguro, de ir a tribunal ou de aparecer na capa dos jornais – também evita o perigo da medicina defensiva.

Contudo, não nos deixemos levar por impulsos entusiastas, pois o modelo de *no-fault* apresenta igualmente as suas debilidades (Farrell et al., 2010; Maccourt; Barnett, 2009; OECD, 2006). Por exemplo, o valor das compensações pode ficar além do que seria necessário para cobrir os danos, espe-

cialmente os de cariz não patrimonial, que muitas vezes são simplesmente excluídos. Mesmo em relação aos danos patrimoniais pode suceder que o montante outorgado não corresponda ao valor necessário para indemnizar o dano, dado que em regra existem limites pré-fixados aos montantes a atribuir. Tampouco se pense que todos os danos são compensados, pois em regra sempre se delimitam quais os danos a compensar (por exemplo, recordemos o conceito de *treatment injury*, vigente no modelo da Nova Zelândia, e de *avoidable event*, este último tão caro aos nórdicos). Outro entrave à compensação é o facto de o lesado ter que continuar a provar o nexo de causalidade (Bush; Chen; Bush, 1975), o que se revela tão difícil quanto no modelo da negligência, podendo fazer soçobrar alguns pedidos.

Também se tem argumentado que em termos de segurança do paciente os ganhos do modelo *no-fault* não são tão expressivos como os seus defensores querem fazer pensar, dado que os erros podem eventualmente ser mais reportados, mas não são necessariamente mais estudados. Mesmo a própria conclusão no sentido de a percentagem de notificação de incidentes adversos ser mais alta no sistema *no-fault* carece de suficiente fundamento, dado que vários estudos demonstram que neste aspecto não existe diferença substancial face ao modelo fundado na negligência (Schwartz, 2013).

A isto acresce que o desaparecimento da ameaça de litigância poderá aniquilar o incentivo a práticas mais seguras, dado que, em bom rigor, o profissional de saúde nunca é penalizado. É certo que em algumas comunidades o agente não carece da ameaça de sanção para elevar o seu padrão de conduta, como parece suceder nos países nórdicos e na Nova Zelândia. Porém, estes são contextos muito particulares (e mesmo aí tem-se contestado a eficácia do modelo *no-fault* em relação aos incentivos à segurança). Em contrapartida, na maioria dos contextos sociais teme-se que o desaparecimento de uma das ameaças sancionatórias (claro que sempre persistiria a criminal) possa levar os agentes a relaxar demasiado o seu comportamento.

Por outro lado, corre-se o sério risco de aumento de queixas infundadas, alimentadas pela aparente

facilidade do procedimento, um risco tanto mais premente em sociedades particularmente litigantes.

Tampouco se deve dar por adquirida a melhoria nas relações entre profissionais de saúde e pacientes, dado que a existência de desculpas ou de explicações não é necessariamente um imperativo do sistema *no-fault*.

A diminuição de custos também pode ser mais aparente do que real. Primeiro porque em algumas comunidades todos os lesados recorrerão ao fundo de socialização do risco, o que fará subir o montante das quantias pagas. Depois, porque na verdade há que manter dois aparelhos de reacção – os tribunais (cuja necessidade se mantém para danos excluídos do modelo *no-fault*, para recursos, como via de reacção alternativa e para o processo crime) e os órgãos administrativos – em funcionamento, cada um com os seus custos próprios.

Em termos de direito fundamental de acesso aos tribunais têm-se igualmente suscitado problemas, pois alguns sistemas impõem que o incidente seja necessariamente resolvido por meios administrativos, sem que se permita aos lesados o uso das vias litigiosas.

Algumas notas finais

Não obstante o carácter sedutor do sistema *no-fault* – a ausência do espectro da culpa e da acusação, a diminuição de confrontação, a possibilidade de indemnizar maior número de pacientes – há que reconhecer que apresenta igualmente falhas graves, nomeadamente a quase total ausência de *accountability*, a recusa da indemnização em relação a vários danos e a potencial degradação do padrão de conduta dos profissionais de saúde.

Contudo, ainda que o modelo *no-fault* seja de facto considerado superior ao modelo fundado na culpa – o que, como deixámos exposto no capítulo *supra*, não temos por evidente – certo é que não poderá operar em toda e qualquer ordem jurídica, na medida em que carece de alguns pressupostos específicos de funcionamento. Na verdade, a sua aplicabilidade prática está limitada a contextos muito específicos, que dificilmente existem na maior parte dos países: por um lado, um sistema

robusto de segurança social, dado que o modelo de compensação do paciente assume necessariamente um papel subsidiário em relação ao referido sistema, que acaba por arcar com a maior parte dos gastos; por outro lado, uma comunidade pouco litigante, pois se todos os pacientes potencialmente elegíveis apresentarem pedidos de indemnização o sistema sucumbirá; por outro lado ainda, uma comunidade de prestadores de cuidados médicos que seja capaz de manter um padrão de conduta compatível com as boas práticas médicas independentemente da ameaça de sanção civil. Quando este específico contexto não ocorra, como em regra não ocorre, este modelo não pode florescer.

Por conseguinte, o modelo de *no-fault* não poderá ser transposto para a generalidade das ordens jurídicas, excepto no que respeita a danos muito particulares, como sucede nos estados norteamericanos de Virgínia e Florida quantos aos danos neurológicos em recém-nascidos e na ordem jurídica francesa em relação aos danos resultantes de infecções nosocomiais. Quando implementado apenas para restritos leques de danos já nos parece que poderá ser uma solução a considerar. Os danos mais aptos para tal serão aqueles cuja obtenção de indemnização em tribunal se revele particularmente difícil, nomeadamente porque a prova dos requisitos da responsabilidade do profissional de saúde seja complexa e, muitas vezes, quase impossível; ou porque os danos podem se revelar mais graves do que a censurabilidade da conduta do agente.

Segundo cremos, o modelo fundado na culpa deve manter-se como mecanismo base para lidar com a responsabilidade médica, ainda que sujeito a um conjunto de reformas destinadas a melhorar a sua performance em relação aos objectivos básicos a que a responsabilidade civil médica se destina: aumentar a segurança do paciente, compensar os lesados dos danos sofridos e prevenir a prática futura do mesmo erro. Reconhecendo embora que no momento actual a responsabilidade médica fundada na culpa se revela incapaz de realizar com sucesso esses propósitos, cremos que se deve apostar no seu aperfeiçoamento em vez da sua substituição.

Referências

- BISMARK, M. et al. Accountability sought by patients following adverse events from medical care: the New Zealand experience. *Canadian Medical Association Journal*, Ottawa, v. 175, n. 8, p. 889-894, 2006.
- BISMARK, M.; PATERSON, R. No-fault compensation in New Zealand: harmonizing injury compensation, provider accountability, and patient safety. *Health Affairs*, Bethesda, v. 25, n. 1, p. 278-283, 2006.
- BOGDAN, J. Medical malpractice in Sweden and New Zealand: should their systems be replicated here? *Centre for Justice and Democracy*, New York, n. 21, jul. 2011.
- BUSH, J. W.; CHEN, M. M.; BUSH, A. S. No-fault malpractice insurance. *The Western Journal of Medicine*, Los Angeles, v. 122, n. 3, p. 262-270, 1975.
- COPPOLO, G. *Medical malpractice-no-fault-systems*. Hartford: OLR Research Report, 2003. Disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/ins/rpt/2003-R-0885.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- DAVIS, P. et al. Compensation for medical injury in New Zealand: does 'no-fault' increase the level of claims making and reduce social and clinical selectivity. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Durham, v. 27, n. 5, p. 383-854, 2002.
- FARRELL, A-M.; DEVANEY, S.; DAR, A. *No-fault compensation schemes for medical injury: an overview*. Edinburgh: Scottish Government Social Research, 2010.
- IOM - INSTITUTE OF MEDICINE. *To err is human: building a safer health system*. Washington, DC: National Academy Press, 1999. Disponível em: <<http://www.csen.com/err.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2014.
- JOHANSSON, H. The Swedish system for compensation of patient injuries. *Uppsala Journal of Medical Sciences*, Uppsala, v. 115, n. 2, p. 88-90, 2010.
- KACHALIA, A. B. et al. Beyond negligence: avoidability and medical injury compensation. *Social Science and Medicine*, Oxford, v. 66, n. 2, p. 387-402, 2008. Disponível em: <http://www.hsph.harvard.edu/michelle-mello/files/2012/10/Avoidability_paper_-_final_Word_version.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- MACCOURT, D.; BERNSTEIN, J. Medical error reduction and tort reform through private, contractually-based quality medicine societies. *American Journal of Law and Medicine*, Boston, v. 35, n. 4, p. 505-561, 2009.
- MALCOLM, L.; BARNETT, P. Disclosure of treatment injury in New Zealand's no-fault compensation system. *Australian Health Review*, Clayton South, v. 31, n.1, p. 116-122, 2007.
- MEHLMAN, M.; NANCE, D. The case against 'health courts'. [S. l.]: [s. n.], 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1785383>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- MELLO, M. M. et al. 'Health courts' and accountability for patient safety. *Milbank Quarterly*, Malden, v. 84, n. 3, p. 459-492, 2006.
- OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy issues in insurance*. Paris: OECD Publishing, 2006.
- ONG, C.; KACHALIA, A. Safe harbours: liability reform for patients and physicians. *Bulletin of the American College of Surgeons*, Chicago, v. 98, n. 3, p. 147-150, 2013.
- QUICK, O. L. Patient safety and the problem and potential of law. *Journal of Professional Negligence*, West Sussex, v. 28, n. 2, p. 78-99, 2012.
- RAPOSO, V. L. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SCHWARTZ, J. C. A dose of reality for medical malpractice reform. *New York University Law Review*, New York, v. 88, p. 1225-1300, out., 2013.
- THE CANADIAN MEDICAL PROTECTIVE ASSOCIATION. *International medical liability systems: a comparative overview*. 2006. Disponível em: <https://www.cmpa-acpm.ca/documents/10179/24937/com_medical_liability_a_second_physician_primer-e.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2014.
- UDELL, N.; KENDALL, D. Health courts: fair and reliable justice for injured patients. *Progressive*

Policy Institute, 2005. Disponível em: <http://www.dlc.org/documents/healthcourts_0217.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

ULFBECK, V.; HARTLEV, M.; SCHULTZ, M. Malpractice in Scandinavia. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 87, n. 6, p. 111-129, 2013.

VON EYBEN, B. Alternative compensation systems. In: WAHLGREN, P. (Coord.). *Scandinavian studies in law, Tort Liability and*

Insurance. Stockholm: The Stockholm University Law Faculty, 2001. p. 192-232.

WORLD BANK. *Medical malpractice systems around the globe: examples from the US tort liability system and the Sweden no fault system*. Washington, DC: World Bank, 2004. Disponível em: <http://194.84.38.65/files/esw_files/malpractice_systems_eng.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

Recebido: 19/12/2014
Reformulado: 24/06/2015
Aprovado: 18/08/2015